

# 機関の権利と機関訴訟(三)

——ドイツにおける機関訴訟論の現状——

門 脇 雄 貴

はじめに

第一章 地方公共団体組織訴訟

第二章 機関の権利

第一節 問題状況——公益と固有の利益

第二節 客観化志向

第三節 脱利益志向(一)(途中まで五五卷一号、以下前号)

第四節 脱利益志向(二)

第五節 利益志向

第一款 ホッパー利益の否定(以上前号)

第二款 ハインリッヒ——機関の自由(以下本号)

第三款 キスカー——対照機関

機関の権利と機関訴訟(三)

(都法五十六—一)

五〇七

第四款 ツアツオス―特殊利益の代表

第五款 ブロイトゲー―市民の利益の転用

第六款 ベートゲー―対照機関の脱利益化

第七款 ロレンツ―脱利益化と差異化

章 括（以上本号）

第三章 自己訴訟

おわりに

## 第二章 機関の権利（続き）

### 第五節<sup>①</sup> 利益志向（続き）

第二款 ハインリッヒ―機関の自由

ハインリッヒもまた、利益説を前提に<sup>②</sup>、組織内の機関間に事実上の利益対立があるだけでは、それが機関の権利を基礎づけるものではないとする<sup>③</sup>。そして、個人における固有の利益とは国家からの自由であると解したうえで、機関の固有の利益もそれと同様にとらえ<sup>④</sup>、ある機関が他の機関からの訓令に拘束されることが自由たる固有の利益を意味すると主張する<sup>⑤</sup>。もつとも、この見解は、国家における個人の自由と組織における機関の自律性とをあまりにも安易に同視しており<sup>⑥</sup>、いずれにせよほとんど支持されていない。

### 第三款 キスカー―対照機関

一 キスカーは、一九六八年のハビリタツイヨンにおいて、地方公共団体組織訴訟を含めた自己訴訟について論じる<sup>(7)</sup>。彼は、利益説を前提に、固有の利益の保護が権利の根拠とされるとしたうえで、機関の固有の利益とは何かを問題とする。すなわち、外部法における異なる主体間ではそれぞれの固有の利益が容易に観念できるのに対し、公共団体の内部の領域においては共通利益(eines Gemeininteresse)としての利益の単一性(Intresseneinheit)が前提とされるため、一見すると機関の固有の利益は認められないように思える<sup>(9)</sup>。しかし、「機関によつて担当されるべき、全体利益の側面(Aspekt des Gesamtinteresses)」を個人の特殊利益と同視できるような場合には、それを機関の「準・固有の利益(quasi-eigenes Interesse)」と呼び、それを根拠に権利を認めることができるという<sup>(10)</sup>。すなわち、共通利益自体は単一であっても、各機関がそれぞれに「共通利益についての特定の観点(Perspektiven)」を引き受けており、このような機関固有の公益観が機関の固有の利益として権利の基礎を構成する、と述べる。

もちろん、このような固有の公益観とは、結局のところ当該機関の担当者が公益と考えるものを指し、それは当該機関担当者の政治的主張を意味する<sup>(11)</sup>。そして誰であつても自身の公益観を有していることは言うまでもないが、だからといっていかなる機関も自らの公益観に基づいて権利を有するわけではなく、そこには一定の限定が付される。それでは、機関が自らの主張する固有の公益観を、個人的利益と同様に権利の根拠となしうる場合とはいかなる場合なのか。キスカーによればそれは「法秩序が、ある機関を政治的パワーゲーム(Kraftspiel)における他の機関の対照(Kontrast)ないしは対向(Gegenüber)として、簡単に言えば対照機関(Kontrastorgan)として捉えている場合」である。彼はさらに続けて次のように敷衍する。

「機関あるいは機関部分（例えば市町村議会議員や国会議員）について、それが、それに代表されている者（Repräsentanten）の共通善構想（Gemeinwohlkonzeption）のために活動することが前提とされている場合には常に、対照機関が認められなくてはならない。しかしおそらくより包括的には、そもそも機関が「チェック・アンド・バランス」の体系に配置されている場合にはほとんど常に、対照という役割への配置（Einweisung）が認められうるであろう。こういった場合には常に、自律に向けた機関の意思が、より詳しく言えば、自らの主観的な機関地位、自らの「構成員権」の保護に向けた機関の意思が、体系内在的な均衡の条件なのである。」<sup>(12)</sup>

かくしてキスカーにおいては、「チェック・アンド・バランス」の体系に置かれている機関が対照機関として権利を有することになる。<sup>(13)</sup>そして、地方公共団体組織訴訟で扱われる地方公共団体の諸機関はまさにこの「チェック・アンド・バランス」の体系に置かれている対照機関であるとされるのである。<sup>(14)</sup>

二 しかし、以上のようなキスカーの説に対しては大きく二つの批判がある。まず、第一に、キスカーの対照機関の基準が明確ではなく、権利を認められる機関の範囲が十分に限定されていない、という批判が見られる。<sup>(15)</sup>実際キスカーは、少なくとも紛争当事者たる二つの機関が共通の上級監督庁に服している場合にはそれらは対照機関ではないとする以上には、対照機関についての具体的説明を与えていない。もちろん、キスカーの意図は対照機関の概念によって機関の権利を基礎づけることにあり、それが適用の際に一律に明確な基準にはならないからといって、直ちに彼の説の致命的な欠陥にはならないであろう。しかしそもそも、対照機関に関する先のキスカーの説明には、以下に述べるように、当然には両立しない二つの契機が同時に潜在している。

すなわち彼は先の引用部分の後半において、「チェック・アンド・バランス」の体系に配置された機関を「対照

機関」としているが、引用部分の前半では、少なくともその一類型として、それが一定の利益を代表する機関である場合を挙げている。これを仮に「利益代表型対照機関」と名づけるとすれば、対照機関の中には利益代表的な対照機関とそうではない対照機関とがあることになる。後者をここでは「権力分立型対照機関」と呼ぶ<sup>(17)</sup>。そして、この二つのタイプの対照機関は、緊張関係なく当然に両立するものではない。

というのも、まず一方で、権力分立型対照機関に重点を置いて対照機関を理解すれば、機関の権利の根拠は、機関の利益から離れ、むしろ当該機関に係る組織構造に依存する。典型的には、憲法上の諸機関については権力分立型対照機関と位置づけ、その権利を導くことはたやすい<sup>(18)</sup>。しかし、組織構造をどのように重視すれば、キスカーが機関の権利の前提としていたはずの機関の利益は捨象されてしまう。実際、先の引用部分の末尾では、もはや機関の利益ではなく機関の意思が語られ、論文のそれ以降の箇所においてもむしろ意思への言及が強まっていく<sup>(19)</sup>。

他方で、利益代表型対照機関に重点を置いて対照機関を理解すれば、機関が代表している社会の諸利益を当該機関と結びつける形で、機関の利益を観念することが可能になる<sup>(20)</sup>。そして、このような方向性は、キスカー自身が後の論文で強調している点でもある。すなわち、彼は一九七五年の論文において、市の建築局 (Bauamt) がおこなった申請拒否処分に係る不服申立てを同じく市の機関である市法務委員会 (Stadtrechsausschuss) が認容したため、市がその取消訴訟を提起した事案についての連邦行政裁判所の判決を素材に、再び機関の権利について論じている<sup>(21)</sup>。本件の市法務委員会は、市の監督に服さない独立行政委員会であり、このような独立行政委員会は、組織構造から見ると、市 (の建築局) との関係で権力分立型対照機関に当たると考えることもできそうである。しかしキスカーは、権利の根拠となるのはやはり利益であるとした上で、独立行政委員会であったとしても、そのことだけで当該機関が対照機関になるものではなく、対照機関であるためには当該機関が、例えば地方議会議員のように、

利益団体の利益を代表していることが必要であると強調する。<sup>(25)</sup>けれども、このように対照機関を利益代表型対照機関に限定すればするほど、それに応じて、権力分立型対照機関の意義は失われてしまうであろう。

以上のように、キスカーの対照機関の概念は、利益代表型対照機関と権力分立型対照機関という二つの要素をその内実において並存させていたのであり、前者は社会に存する利益に機関の利益を結び付けることで、後者は利益よりもむしろ組織構造から、それぞれ機関の権利を導出するという、異なった発展の契機をはらむものであった。そして、次款以降検討するように、キスカー以降、前者の方向性をさらに進めた立場がツァツォス（第四款）であり、後者の志向を突き詰めた立場がブロイトゲやベートゲ（第五款・第六款）であるといえる。しかし、対照機関概念のその後の展開を見る前に、キスカーに対するもう一つの批判を確認しておく。

三 キスカーに対する第二の、そしてより根本的な批判は、機関の利益についての彼の考え方に對するものである。先に見たようにキスカーは機関の固有の公益観を当該機関の利益とするのであるが、それがいかなる意味において機関の利益とされるのが十分には説明されていない。<sup>(26)</sup>すなわち一方で、対照機関を権力分立型対照機関として理解した場合には、そもそも機関の利益が希薄化してしまうことはすでに指摘したとおりである。他方で、対照機関を利益代表型対照機関として理解した場合には、社会の特殊利益を機関の利益とすることが可能であるようにも見える。しかし、公益から切り離された社会の特殊利益そのものを機関の利益とすることにはキスカー自身が極めて警戒的である。<sup>(27)</sup>彼が、機関の権利をわざわざ「準・固有の権利（Quasi-eigene Rechte）」と呼ぶのは、<sup>(28)</sup>機関の権利を、社会の特殊利益そのものではなく、機関の公益観という「準・固有の利益」により根拠づけるようにするためである。<sup>(29)</sup>しかしその結果、それではそこで言う「準・固有の利益」とは何かが再び問題になる。<sup>(30)</sup>また仮に、代表される特殊利益を根拠に機関の権利を基礎づけようとしても、その利益は結局機関の固有の利益ではなく、機

関によって代表されている社会的利益にすぎないということになる。<sup>(31)</sup>

このように、キスカーは利益説をとった上で自覚的に機関の利益を論証しようとはするものの、その試みが成功しているとは言い難い。そのため、キスカー以降の学説は、「対照機関」の概念を継承しつつも、この点についての取り組みを迫られることになる。

#### 第四款 ツァツォス―特殊利益の代表

一 キスカーの著書の二年後、ツァツォスは利益代表型対照機関の考え方を次のように展開する。彼によれば、一般に訴訟が適法たるためには異なった利益を主張する二人の当事者が必要であり、<sup>(32)</sup> 現行の行政裁判所法においては、同法四〇条の「争訟 (Streitigkeiten)」の概念が前提としている法関係の基礎として利益対立が含意されている。<sup>(33)</sup> そのことを前提にツァツォスは、公法上の社團すなわち地方公共団体・大学・同業者組合といった団体の機関における争いについては、次のような形で利益対立があるとする。すなわち、一定の公的任務がこのような公法上の社團に委ねられるのは、当該社團において、当該社團の構成員が社会 (Gesellschaft) において有する特殊利益 (Sonderinteressen) を考慮して自治的に意思決定することが、その任務の処理にとって適切だからである。<sup>(34)</sup> つまり、公法上の社團の意思決定においては、社團の各機関が構成員の有する特殊利益を代表する形で意思決定に参加するよう組織されており、<sup>(35)</sup> その結果、団体内部での利益の対立 (Interessenantagonismus oder -gegensätze) が意思決定の前提として想定されていることになる。<sup>(36)</sup> ツァツォスは、このような利益対立を前提とした社團の意思決定を「政治的 (politisch)」と呼び、<sup>(37)</sup> この政治的意思決定の場面において各利益を代表するそれぞれの機関に係る訴訟は権利

侵害を前提とする訴訟として適法なものとされる。<sup>(38)</sup>そして彼は、このような利益代表機関を自治機関 (Selbstverwaltungsorgan) と呼んだ上で、それをキスカの言う対照機関と同視する。<sup>(40)</sup>逆に、公法上の社團ではない団体の機関、例えば国家の通常の行政機関においては、社会の諸利益を代表する機関の協働によって決定がおこなわれるわけではなく、そこでは利益対立は生じ得ないので訴訟を認める余地はないとされている。<sup>(41)</sup>

二 以上のようなツアツォスの考え方は、自治機関を利益代表型対照機関として位置づけ、社会の特殊利益を代表するその機関に権利を認めるという点で、まさにキスカの説を彷彿とさせる。<sup>(42)</sup>しかし、仔細に点検すれば、ツアツォスとキスカの間には無視しえない違いが二点存在する。<sup>(43)</sup>

まず第一に、すでに見たようにキスカは、機関があくまでも自己の公益観に沿って活動することを前提とし、社会の特殊利益そのものために活動することに対しては極めて抑制的であった。<sup>(44)</sup>しかし、ツアツォスは自治機関が社会の特殊利益のために活動することを、むしろ当該機関の意義とさえ考えている。彼の構成の背景には、国家と社会との分離を相対化し、権利と公務との峻別を克服しようとする彼の国家観がある。<sup>(45)</sup>そこから、社会における特殊利益が機関における利益対話 (Interessendialektik) を通じて公益へと止揚されることが構想されており、<sup>(46)</sup>こうすることで、公益に仕えるはずの機関と特殊利益とを結びつけることが試みられている。しかし、大学や同業者組合のように利益代表者が機関を構成することが法律上定められている場合はともかく、<sup>(47)</sup>地方公共団体の機関のように、特殊利益を直接に代弁することがむしろ禁じられている場合にはこの論理は妥当しない。ツアツォスの論理を採用すると、公共団体の機関があらさまに特殊利益のために行為するのを肯定することにつながるのであり、とりわけ議員にはいわゆる命令委任が禁止されていることに鑑みれば、地方公共団体組織訴訟についてツアツォスの説明を用いることには批判が避けられない。<sup>(48)</sup>



三 ツアツォスとキスカーとの第二の違いは、右の第一点とも関わるが、機関における利益の扱いである。すなわち、ツアツォスは訴訟においては利益対立を要するとしているが、この点はキスカーもまた同様である。<sup>(49)</sup>しかし、キスカーにあつては、そこで言う利益とは自己の公益観に裏付けられた機関の固有の利益であり、それこそが機関の権利を基礎づけるものであつた。これに対して、ツアツォスが言う利益とは社会における特殊利益そのものであり、それが機関によつて代表されて訴訟の場に現れてくるにすぎない。<sup>(50)</sup>つまりツアツォスは、機関の固有の利益の論証をおこなつておらず、そもそも機関の利益という表現すら用いていない。その結果、訴訟を基礎づけるのが利益対立であるとしても、機関の権利を基礎づけるものが何であるのかという点が等閑に付されたままになつてしまつてゐる。キスカーが機関自身の公益観によつて基礎づけようとした機関の利益の問題は、ツアツォスにおいては問題として意識すらされていないことになる。<sup>(51)</sup>

こうして、キスカーが「自己の公益観」を介在させることで素朴な特殊利益との距離を保ちつつ機関の利益とその権利を認めようとしていたのに対し、ツアツォスにあつては、そのような「自己の公益観」と社会の特殊利益との違いがあつさりと捨象され、結局、キスカーの対照機関の概念が直接に社会の特殊利益と結びつけられてしまつた上、機関の権利の根拠が見失われてしまつてゐるのである。

#### 第五款 ブロイトゲー市民の利益の転用

キスカーの対照機関概念に見られた利益代表型対照機関の契機を發展させたのが前款のツアツォスだとすれば、権力分立型対照機関の契機を發展させたのが本款で見るブロイトゲと次款で見るベートゲである。もつとも、両者

の間には後述するような違いがあるが、まずはプロイトゲについて検討する。

キスカの著書の二年後、ツァツォスの著書と同年に公刊されたディセルタツイヨンにおいて、プロイトゲは次のように論じる。まず、彼もまたビューラーに依拠しつつ利益説をとるので、<sup>(53)</sup>権利を根拠づけるためには個別的利益 (Individualinteressen) が保護されていることが必要になる。したがって、機関に対する権限の配分が、単に円滑な機能遂行 (reibungsloser Funktionsablauf) という合目的考慮 (Zweckmäßigkeitserwägung) からなされているにとどまる場合には、当該権限は権利ではない。<sup>(54)</sup>そして、一般的には機関は共同利益に仕えるべきものであるから、機関が固有の利益を有することはないとしつつ、しかし、「近代民主主義の主たる構成原則すなわち権力分立原則」がはたらく場合には、以下に示すような立論によつて機関の権利を認める。まず、憲法上の機関についてプロイトゲは次のように述べる。

「…自由を脅かす権力集中 (Machtkumulation) を防ぐために、もともとは権限である憲法上の関係を、権限規範がその者のためにはたらきそれゆえ権限の限界が遵守されることへの法的に保護された利益を有する者の権利として形成することは、…権力を分立する立憲国家にとつてはきわめて重要なことである。」<sup>(55)</sup>

そして、一般に団体の固有の目的はすなわちその構成員の目的を簡約化して (abbreviativ) 表現したものにすぎないことを指摘した上で、機関についても団体と同様に考えるべきだと主張する。

「ここでの文脈においても同じような形で、国家権力の分割に対する国民の利益を、この目的をまさに化体する制度 (Institutionen) に関連づけ、そうしてこの機能単位の「固有の」利益ないしは権利を語ることが、何によつて妨げられようか。

権限の付与が、さらには合理的な分業に仕え、そうすることで全体有機体の利益に仕えるものであることを見逃してはな

らないが、しかしそのことは権利の承認に反するわけではない。なぜなら、名宛人（「機関」）に権利を与える規範の最終目的が利益充足である必要はないからである。

したがって、権限の配分が、このような単なる秩序機能（Ordnungsfunktion）を目的とするにとどまらず、市民の自由の保護のために相互に自制し、争いになった場合には対向するような独立の決定の核点（Entscheidungscentren）の創設を目的としているということが、権利概念にとつては本質的であり同時にそれで十分なのである。<sup>(56)</sup>

つまりプロイトゲは、権力集中を排除するという権力分立制度の目的を市民の自由の保護という市民の利益に仕えるものとし、そのような市民の利益を、権力分立制度の中に置かれた独立の決定主体たる機関の固有の利益へと転用する。<sup>(57)</sup> もちろん、権力分立制度の中に置かれた諸機関への権限配分は、秩序機能つまり円滑な機能遂行という団体自身の利益にも仕えるものではあるが、だからといって機関の利益や権利が否定されるわけではない。

さらに、機関の権利についての以上のような立論は、憲法上の機関ではない機関であっても、当該機関間に権力分立と同様の組織原理が認められれば同じように妥当する。そして、行政一般については行政の単一性の原則がはたらくとしても、<sup>(58)</sup> 地方公共団体における一定の場面では、市民の自由を保護するための権力集中の回避を目的として、相互に独立した機関への権限配分がなされていると考えられる。<sup>(59)</sup> さらにそこでは、議会に実質的な参与権がなければ、憲法上の原理である代表民主制の実現が阻害されてしまうことが指摘された上で、<sup>(60)</sup> 権限が機関に対して「地方公共団体の最上位の意思形成への影響力を与えようとしている場合」には、当該権限は当該機関の権利である、と結論づけられる。<sup>(61)</sup> ただし、それではいかなる場合に「最上位の意思形成への影響力を認められている」といえるのか、という点は十分に明確にされていない。<sup>(62)</sup>

以上のように、プロイトゲ自身は、キスカーに由来する対照機関という用語は用いていないが、<sup>(63)</sup> 彼の説明はキ

スカーの対照機関の概念において見出される権力分立型対照機関の要素をいっそう推し進めたものと見ることができ<sup>(6)</sup>る。もつとも、キスカーについても指摘したように、権力分立型対照機関は、機関の権利を機関の利益から切り離し、むしろ機関間の組織構造に依拠させる契機をはらんでいるが、プロイトゲはそれでもなお、市民の利益を機関の利益として転用することにより、機関の権利を機関の利益によって基礎づけようとしている。これは、キスカーのような「機関の固有の公益観」から機関の利益を導く方法とは異なるものの、やはり機関の固有の利益を論証しようとする試みとして理解できよう。ただし、このような市民の自由を機関の利益に転用する手法は、必ずしも説得的とはいえない。実際、次款に見るベートゲは、権力分立型対照機関をよりいっそう脱利益化する方法をとる。

#### 第六款 ベートゲ―対照機関の脱利益化

ベートゲは、その一九七五年と一九八〇年の論文<sup>(67)</sup>において、キスカーと同様に、利益代表型対照機関と権力分立型対照機関との両方を必ずしも区別せずに論じているものの、いずれにせよそれら対照機関については権利を認めるという立場を示す。

すなわち彼は、権力の集中を防ぐという権力分立的契機の観点から対照機関に言及して、プロイトゲとキスカーを引照し<sup>(68)</sup>、地方公共団体においては「相互にバランスをとって均衡させられるべき特殊利益の存在」が認められ、「チェック・アンド・バランス」の構造が見出されることから機関の権利を承認する。他方、地方公共団体ではなく国の行政組織については、「利益の多元性や特殊性 (Interessenpluralismus und -partikularismus)」ではなく「利益

の単一性 (Interessenmonismus)」を示した上で、<sup>(69)</sup> 国の行政機関に対して「全体有機体の分業的利益」のために与えられた権限は、「特殊利益ではなく一般的公益」を追求する形で行使されるので、「固有の権利ではない」と論じる。<sup>(70)</sup>

さらに、その後のベートゲは、この利益代表型対照機関に言及することをせず、もっぱら権力分立型対照機関に比重を移していったように見えるが、<sup>(71)</sup> そのような変化はここでは重要ではない。ここでの文脈で注目されるべきは、ベートゲにおける機関の利益の扱いである。すなわち彼は、「特殊利益」について語る場合であっても、それが、キスカの言うような機関固有の公益観なのか、ツァツォスの言うような社会の特殊利益なのか、その内実を一切明らかにしない。<sup>(72)</sup> また、権力分立型対照機関については、自由を脅かす権力の集中を回避するという、明らかにプロイトゲを意識した叙述をしながらも、<sup>(73)</sup> 市民の自由を機関の利益に転用したプロイトゲの手法は顧みられることはない。かくしてベートゲは、利益説と結びついて機関の権利を認めるための道具であった対照機関の概念を用いているが、機関の利益そのものについての検討はなされておらず、事実上、第四節で検討した論者に位置づけられるような、<sup>(74)</sup> 脱利益志向の機関の権利概念に至ったと評価できる。

#### 第七款 ロレンツ―脱利益化と差異化

最後にロレンツについて検討する。もともと、ロレンツの位置づけはそれほど簡単ではない。本稿の論点との関わりでロレンツの検討すべき著作は四つあり、それらを整合的に整理すれば次のようになる。<sup>(75)</sup>

まず、権利についてのロレンツの基本的態度は利益説であると一応理解できる。すなわち彼は、自己訴訟について論じた一九六八年の論文において、権利は「固有の利益を満足させることを目的として与えられた法的力」であ

ると明確に定義する。<sup>(76)</sup>もつともこの点は、市民の権利を論じた一九七三年の著書においては必ずしも明確ではなく、たしかに個人的利益への言及は見られるものの、彼自身が利益説にはつきりと立つのかどうかは明らかではない。<sup>(77)</sup>また、憲法上の機関訴訟を扱った一九七六年の論文においても、ほとんど利益の問題には触れていない。<sup>(78)</sup>そのため、この点を根拠としてロレンツを脱利益的な論者として位置付ける見解もある。<sup>(79)</sup>しかし彼は、行政訴訟に関する二〇〇〇年の概説書において、権利一般についても、また機関の権利についても、利益説をとることを明らかにしておき、<sup>(80)</sup>差し当たっては、利益説の論者として理解することが許されよう。<sup>(81)</sup>

とはいえ、ロレンツにおいて機関の権利を基礎づける利益の内実についてはなお検討を要する。彼は、六八年論文において次のように述べて、公益そのものが権利の根拠たりうることを認める。すなわち彼は、国家が市民に対して警察措置への受忍を求める権利が公益を根拠としてはいるがやはり権利であるのと同様に、機関の権利も公益を根拠として一定の場合には認められるという。<sup>(82)</sup>それは、機関への権限の付与が、単に形式的組織的 (formal-organisatorisch) な意味をもつにとどまらず、実体的 (materielle) な行政目的の実現を意図してなされている場合であり、<sup>(83)</sup>ロレンツの表現によれば、それはすなわち機関がある事項領域 (Sachbereich) の管理者 (Sachwalter) に任ぜられている場合である。<sup>(84)</sup>具体的には、ある官庁が行政行為を发出する際に他の官庁の同意が必要とされているような複数官庁の協働が予定されている場合であるとか、あるいは、一定の独立性を与えられている独立委員会の場合が例として挙げられている。<sup>(85)</sup>逆に、上級庁の訓令に拘束される官庁は、ここで言う管理者に当たらないため権利が認められない。<sup>(86)</sup>また、七六年論文で論じられている憲法上の機関訴訟についても、ロレンツの立論はほとんど異ならない。すなわち彼は、自らの六八年論文も引用しつつ、<sup>(87)</sup>ある憲法上の機関が特定の事項領域 (Sachbereich) について固有の責任を有し、その引き受けの権限の排他性が認められれば、当該機関は固有の権利

を有することになると論じ、憲法上の機関については権力分立の構造をその根拠として挙げる<sup>(88)</sup>。そして、二〇〇〇年に至って、「ある特定の部署への権限付与に伴って同時に、「対照機関」としてのこの部署によって引き受けられるべき、同じ段階で追求されるその他の利益から十分に明確に区別された特殊の事項利益 (particulars Sachinteresse) が保護されている場合」に当該部署の権利が認められると述べ、「対照機関」概念を用いた形で機関の権利が定式化されている<sup>(89)</sup>。

以上のようにロレンツの見解においては、利益説を前提に、一定の事項領域についてはそこに事項利益を見出すことで、当該領域を所管する機関の権利を承認する、という手法がとられていることになる。しかし、そこでは、「事項利益」がいかなる意味において利益たりうるのかという説明が十分になされてはいない。むしろロレンツは、固有の責任と権限の排他性に見出される機関の独立性に着目してそれを「対照機関」と呼び、そこに無造作に利益を接合させるという論理をとっているものと理解できる。つまりロレンツは、建前としては利益説をとりつつも、実質的にはベートゲのような脱利益化された「対照機関」概念を鍵として機関の権利を導いていることになる。その結果、表面的には私人の権利と機関の権利とはいずれも利益から導出されるものの、しかし、前者は「人格に關連づけられた個人権的地位の付与および保護という意味での「真の」権利<sup>(90)</sup>」であるのに対して、後者は「純粋に技術的な機能」としての権利であるというように差異化され、すでに見たエリヒゼンやクレプスの立場に近接するものとなる<sup>(91)</sup>。

以上、本節では「対照機関」の概念を通じて機関の権利を承認する学説の潮流を見てきた。そこから分かるように、キスカーが生み出した「対照機関」の概念は、機関訴訟が適法とされる場合のキーワードとしてその後学説に



贈与してきたといえる。しかし、すでに見たように、当初、対照機関の実質的な内容は論者ごとに異なって形成されてきたはずであったが、今日では、論者ごとのそのような差異を捨象して、機関の公益観・利益対立・権力集中を回避するための権力分立等の論拠を並列的・複合的に示すか、あるいは対照機関の根拠について一切の説明を加えずにただ対照機関の概念を挙げ、結論として機関の権利、防御可能な地位あるいは機関訴訟を認めるといふ論者が多い<sup>(95)</sup>。そして何よりも注意すべきは、対照機関概念の起源であったキスカーにあつては、対照機関に機関の利益を認めて権利の根拠としていたのに対し、今日では、対照機関の概念は脱利益化され、もはや機関の利益に言及する論者はほとんど皆無であるという点である。この意味で、ブッフヴァルトが、キスカーの構想ではなく、彼の用語だけが広まったと指摘するのは、まさに正鵠を射るものといえよう。

## 章 括

本章では機関の権利の基礎づけを試みる学説を検討してきた。それを時系列的に再整理すれば、機関の権利を利益によって根拠づけようとする傾向<sup>(96)</sup>から、次第に利益を相対化し、ついには法的力こそを権利と考えることで機関の権利を認めようとする方向に進んできたことがわかる。すなわち、一九六〇年代後半においては対照機関と機関の利益とを結び付けることで機関の権利を導く試みがなされた<sup>(98)</sup>。しかし、一九七〇年代になると、対照機関の概念は次第に機関の利益から切り離され、機関の組織構造のみから機関の権利が導出されるようになる<sup>(99)</sup>。そしてその傾向は、一九八〇年代にあって、機関の権利を私人の権利と意識的に区別し、後者を利益説で基礎づけつつ、前者を完全に脱利益化するという方向性においていっそう先鋭化した<sup>(100)</sup>。さらには、一九九〇年代末以降にお



いて、今度は機関の権利にとどまらず権利一般を脱利益化し、法力的のみを権利の中核に据える立場が登場するようになったのである。<sup>(10)</sup>

このような流れからも分かるように、機関の権利を根拠づける際の躰きの石は、言うまでもなく利益の概念にある。<sup>(10)</sup> すなわち、権利と密接に結びついている利益の概念は、権利概念そのものと同様、私法にその出自を有する。<sup>(10)</sup> そしてそこでは、何よりも心理学的 (psychologisch) な意味での利益が権利の根拠として想定されていた。つまり、事実としての利益が法以前に存在し、立法者がそれを保護することによって権利が承認されることになると考えられたのである。<sup>(10)</sup> このような考えを徹底すれば、法以前に存在するヒトのみが固有の利益を有することができ、その結果、権利もまた同様に扱われる。以上のような利益と権利の概念が公法の領域に持ち込まれた場合、国家に向する個人の固有の利益領域を観念することで国家に対する私人の公権を承認することはともかく、国家内部において人工的に創設された機関に固有の利益を観念することは極めて困難になる。本章で見た、機関の権利を構想する諸学説は、そのことを踏まえて、機関の利益を心理学的な意味での利益とは異なった意味において認めるか、あるいは機関の権利または権利一般を利益そのものから切り離そうとしたと理解できよう。

とはいえ、機関の権利を認めようとする学説の試みが、もともとの利益説の意図をまったく無視しているわけではない。なぜなら、最初に私法において権利の定義に利益を持ち込んだイエーリングの意図は、権利を意思として形式的に捉える立場を批判し、権利の実質 (Substanz) を見出そうとするところにあった。<sup>(10)</sup> 今日しばしば用いられる表現でこのことを言い換えるならば、権利を一定の目的に仕える道具として構成することが利益説の狙いであったといえる。そして、一九世紀後半から二〇世紀にかけては、利益の保護こそが権利の目的であるとされ、それが権利の内容を示す法力的と結びつけられたのである。<sup>(10)</sup> しかしそのことは逆に言えば、利益の保護という目的以

外の目的を（も）権利の目的と解釈することにより権利を実質化するという構想を妨げるものではない。利益の保護という目的は、あくまでももとは私権を念頭に置いて形成された<sup>(10)</sup>歴史的なものにすぎず、とりわけ公法の領域においてそれを権利の唯一の目的であると考えざる必然性はないからである。<sup>(11)</sup>

もし以上のように考えることができるのであれば、本章で見た、機関の権利を認めようとする諸学説は、利益の保護という権利の目的を相対化しつつ、それ以外の目的に仕えるものとして機関の権利を構成する試みであると評価することができる。それが具体的にいかなる目的かという点は論者によって一致しないが、例えば、社会における特殊利益を国家の意思決定に反映させることであつたり、権力分立原理であつたり、民主主義原理がそれである。このように、学説はいまだ通説を形成するには至つておらず、一九六〇年代において指摘されていた、機関の権利の根柢づけの脆弱さは、<sup>(12)</sup>その後の半世紀にわたる学説上の努力にもかかわらず、今日なお克服されているとはいえない状況にあるが、権利の目的を利益の保護のみに限定するのではなく、公共団体の意思決定構造の保護に仕えるものとして権利を理解できるかどうか、機関の権利を承認しようとする際の分岐点となる。

- (1) 前号一九一頁では、「第四節」となっているが、正しくは「第五節」である。
- (2) Heinrich, Manfred: *Verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten im Hochschulinienbereich*, 1975, S. 55. もともと、ハインリッヒが直接の検討対象としているのは大学内機関訴訟であるが、彼の議論は、地方公共団体組織訴訟も射程内に含めるものである。
- (3) Heinrich, a. a. O. (Anm. 2), S. 63 f.
- (4) Heinrich, a. a. O. (Anm. 2), S. 58.
- (5) Heinrich, a. a. O. (Anm. 2), S. 65 f.
- (6) Buchwald, Kaija: *Der verwaltungsgerichtliche Organstreit*, 1998, S. 65. さらに、直接ハインリッヒに向けられた批判ではないが、

Krebs, Walter: Zur dogmatischen Konzeption von Staatsorganrechten, in: Butzer, Hermann/Kaltenborn, Markus/Meyer, Wolfgang (Hrsg.): Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat (Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag), 2008, S. 149.

- (7) Kisker, Gunter: Insichprozess und Einheit der Verwaltung, 1968, S. 17-22. 同書の書評を「H. Hoppe, Werner: Kommunale Steuer-Zeitschrift 1968, S. 228; Menger, Christian-Friedrich: DStV 1969, S. 438; Selmann, Martin: DVBl 1969, S. 285 f.; Redeker, Konrad: JZ 1970, S. 392; Neumann, Richard: AöR Bd. 95(1970), S. 642-647.

- (8) Kisker, a. a. O.(Anm. 7), S. 24 u. Fn. 58. 以下に参照: a. a. O., S. 27 u. S. 35-37.

- (9) Kisker, a. a. O.(Anm. 7), S. 9-11 u. S. 26.

- (10) Kisker, a. a. O.(Anm. 7), S. 37.

- (11) その限りでハインリッヒやブッフヴァルトの指摘(Heinrich, a. a. O.(Anm. 2), S. 59 f.; Buchwald, a. a. O.(Anm. 6), 56-58)はその通りであるが、しかし、ブッフヴァルトがそのことをもって、キスカーの主張に従うと裁判所は政治的見解の相違について判断する必要性に迫られる、と述べているのは正しくない。なぜならば、機関訴訟で争われるのは、当該機関の公益観(政治的見解)が正当かどうかではなく、当該機関が自らの公益観を団体の意思決定に算入させる機会を奪われたことが適法かどうか、という点だからである(Roth, Wolfgang: Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, 2001, S. 610 Fn. 40)。

- (12) Kisker, a. a. O.(Anm. 7), S. 38.

- (13) キスカーはこのことを後の論文では、機関間の利害衝突が「受容された可能性(akzeptierte Möglichkeit)」とされているとか(Kisker, Gunter: Organe als Inhaber subjektiver Rechte – BYVerGE 45, 207, Jus 1975, S. 708) 利益対立が「正統である(Legitimität) (a. a. O., S. 709) などと言いつつ換えている。これに対してロートは、なぜかこれを、受容された利益侵害ないしは正統な利益侵害と読み替えた上で、正統な利益侵害が機関訴訟において解決されうるならば、正統でない利益侵害はますます裁判所の判断の対象とされるべきではないか、などと縷々批判する(Roth, a. a. O.(Anm. 11), S. 614-616)。しかしこれは、ロートが「利益対立」を「利益侵害」と読み替えたことから生じた誤解であって、キスカーに対する批判としては当を得ていない。すなわちキスカーが想定する正統な対立とは、例えばある議員が、他の議員の公益観ないしは他の議員から構成される多数派としての議会の公益観との関係において自らの公益観を主張できるという意味で対立関係に立つことを指しているが、ロートの言う正統な侵害とは、当該議員が公益観を主張する機会を奪われたこと(例えば議案に関する利害関係者であるとして議決から排除されるなど) 自体が違法かどうかという点に関わるものである。この意味で、キスカーの言う利益対立とロートの言う利益侵害とは本来場面を異にする。

- (14) Kisker, a. a. O.(Anm. 7), S. 43. ホッペは、キスカーが地方公共団体組織訴訟で問題になる機関部分(例えば議員)は、それ

を包含する機関（例えば議会）との関係で対照機関たる地位に立たないとしている<sup>15)</sup>と述べるが(Hoppe, a. a. O.(Ann. 7), S. 228)、先のキスカの引用からも明らかなようにそれは誤りである。

(15) Redeker, a. a. O.(Ann. 7), S. 392; Heinrich, a. a. O.(Ann. 2), S. 59 f.; Buchwald, a. a. O.(Ann. 6), S. 55.

(16) Kisker, a. a. O.(Ann. 13), S. 709 f.

(17) もちろん厳密には、対照機関は「チェック・アンド・バランス」を前提にするので、利益代表型対照機関も含めてすべての対照機関は権力分立型であるといえるが、以下では説明の便宜のため、対照機関のうちから利益代表型対照機関を除いたものを権力分立型対照機関と呼ぶ。

(18) Kisker, a. a. O.(Ann. 7), S. 39 f.

(19) Kisker, a. a. O.(Ann. 7), S. 39 u. S. 42. 以下に「意思と利益とを並記する」とある(a. a. O., S. 27 u. S. 46)。なお、キスカは、権力の導出の際に利益を考慮するため、利益を抽象して意思のみから権利を承認する有機体説の機関人格論(拙稿「国家法人と機関人格(三・完)」首都大学東京法学会雑誌五〇巻一号(二〇一〇)一四五—一五〇頁参照)に批判を向ける(a. a. O., S. 36 insb. Fn. 89 u. S. 37 Fn. 94)が、本文に述べたような点からすれば、キスカ自身もまた同じ過ちをおかしていることになる。

(20) Schröder, Rainer: Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 254 は「キスカの対照機関を「特殊利益の代表(Vertretung von Partikularinteressen)」と理解する。同様に、キスカの利益志向性を強調する見解として、Diemer, Dörte: Der Innenrechtsstreit im öffentlichen Recht und im Zivilrecht, 2002, S. 289, の方向性を強調した場合、権力分立型対照機関としては容易に説明できていた憲法上の機関訴訟の扱いが逆に困難になる(Vgl., Hoppe, Werner: Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, 1970, S. 108)。

(21) BVerwG, Urteil v. 21. 6. 1974, BVerwGE 45, 207 = DöV 1974, 817 = NJW 1974, 1836.

(22) Kisker, a. a. O.(Ann. 13), S. 704-710.

(23) 独立行政委員会に係る訴訟は「むしろ自己訴訟の文脈で論じられることが多いため、詳しくは改めて検討する。

(24) Kisker, a. a. O.(Ann. 13), S. 708.

(25) Kisker, a. a. O.(Ann. 13), S. 709 f.; ders., a. a. O.(Ann. 7), S. 27 Fn. 64 u. S. 31-34. ただし、独立行政委員会の決定が、国庫としての行政主体の財産権を侵害すると解される場合は別個の考慮が必要になる(a. a. O., S. 53 Fn. 146)。

(26) Hoppe, a. a. O.(Ann. 20), S. 108 u. S. 175 Fn. 24; ders., a. a. O.(Ann. 7), S. 228.

(27) Kisker, a. a. O.(Ann. 7), S. 20-22, S. 38 Fn. 95 u. S. 39. また「機関の有する部署の利益(Ressortinteresse)に対しても批判的

ツァツォス (a. a. O., S. 26)°

- (28) *Kisker*, a. a. O.(Anm. 7), S. 58.
- (29) *Kisker*, a. a. O.(Anm. 13), S. 709 Fn. 28.
- (30) *Hoppe*, a. a. O.(Anm. 20), S. 108 f. insb. Fn. 30.
- (31) *Roth*, a. a. O.(Anm. 11), S. 611 f.
- (32) *Tsatsos*, Dimitris Th: *Der Verwaltungsrechtliche Organstreit*, 1969, S. 18.
- (33) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 40-43 u. S. 46.
- (34) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 19-22.
- (35) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 27.
- (36) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 20 u. S. 29.
- (37) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 20 f.
- (38) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 31 u. S. 40-44. このほか、ツァツォスは、機関訴訟の提起を認めることによって機関担当者の任意識が高められ、それが社団内部の利益対立の止揚に資する点を指摘しているが (a. a. O., S. 55)° この点については批判が強い (*Früh*, Ernst-Werner: *Verwaltungsrechtliche Streitigkeiten im Universitäts-Innenbereich*, WIsStR 1972, S. 113; *Buchwald*, a. a. O.(Anm. 6), S. 59)°
- (39) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 30.
- (40) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 31.
- (41) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 24 u. 30 f. 30 u. 31. 官庁に関する a. a. O., S. 49 f. も参照。
- (42) 実際、*Heinrich*, a. a. O.(Anm. 2), S. 56 f. u. S. 59 は、キスカールの利益志向性を、ツァツォスとの連続性の中で整序する。
- (43) 以下に述べる二点以外にも、ツォツォスの言う対照機関が、公法上の社団の機関に限定されているため、キスカールのそれよりも狭いところと違っている (Vgl., *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 28 insb. Fn. 54; *Kisker*, a. a. O.(Anm. 13), S. 708 Fn. 27)°
- (44) 第三款三参照°
- (45) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 43-44.
- (46) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 28-30 u. S. 31.
- (47) *Tsatsos*, a. a. O.(Anm. 32), S. 22-26. ただし、大学についてであってもなおツァツォスの見解を批判するものとして、*Früh*, a. a. O.(Anm. 38), S. 112 f.

- (48) Hoppe, a. a. O.(Ann. 20), S. 116 Fn. 30. また、ツァツォスに向けられているわけではないが、a. a. O., S. 109, ders., Besprechung zu: Bleuge, Der Kommunalverfassungsstreit, DVBl 1971, S. 434も参照。このことは裏返せば、代表機関と称される機関であっても、それが必ずしも特定の特殊利益を代表しているわけではないという批判でもある(Fuß, a. a. O.(Ann. 38), S. 112)。なお、フスやロートはキスカーに向けても同様の批判をするが(a. a. O., S. 112; Roth, a. a. O.(Ann. 11), S. 612 f.)、本文で述べたように、キスカーはむしろその問題点を踏まえて特殊利益そのものを機関の利益とすることには謙抑的である。
- (49) Kicker, a. a. O.(Ann. 7), S. 37.
- (50) ロートは、キスカーに対して、社会の諸利益を代表する機関の利益というものは、決して機関の固有の利益とはいえないと批判するが(Roth, a. a. O.(Ann. 11), S. 611 f.)、それはむしろツァツォスにこそ向けられるべきであろう。同様に、事実上の利益によって権利を基礎づけることを批判するハインリッヒの見解(Heinrich, a. a. O.(Ann. 2), S. 58 f.)も、ツァツォスに向けられている限りでは正当であるが、同時にキスカーにも向けられている点は正しくない。
- (51) ホッペは、機関の利益に関して、ツァツォスとキスカーの類似性を指摘し、キスカーに対する批判と同様の批判をツァツォスにも向けるが(Hoppe, a. a. O.(Ann. 20), S. 116 Fn. 30)、『ホッペから見れば二人とも機関の利益を論証できていない点では同じであるとしても、仔細には本文に述べたような違いがある。
- (52) ツァツォスは、公法上の社団内部における対立は、キスカーの言うところの公益観の対立というよりも、利益対立にはかならないと主張するが、他方で、キスカーの表現と自らの主張との違いは「言葉の問題」でしかないと云っているのであり(Isaias, a. a. O.(Ann. 32), S. 28 f.)、キスカーの周到な構成に対して些か無頓着に過ぎるように思われる。
- (53) Bleuge, Rolf: Der Kommunalverfassungsstreit, 1969, S. 95; なお、同書の書評として、Meisner, Claus: DöV 1971, 646 f.; Hoppe, Werner: DVBl 1971, S. 434.
- (54) 直接は自己訴訟に関する記述であるが、Bleuge, a. a. O.(Ann. 53), S. 87-91.
- (55) Bleuge, a. a. O.(Ann. 53), S. 98.
- (56) Bleuge, a. a. O.(Ann. 53), S. 99.
- (57) Diemer, a. a. O.(Ann. 20), S. 290 f.は、プロイトゲの立場を脱利益的なそれと位置付けているが、それは本文で述べたようなプロイトゲの意図を正解していない。
- (58) Bleuge, a. a. O.(Ann. 53), S. 100. もっともブッフヴァルトは、権力分立的な組織構成をとっていない場合であっても公益の単一性を前提とするわけではないが、一般利益は常に多元的に構成されていくものであることを指摘する(Buchwald, a. a. O.(Ann. 6), S. 133-146 insb. Fn. 148)。これは、プロイトゲにあつては、組織構成によって機関の権利の有無が決定されるの

に対して、すでに見たように、プッフヴァルトはすべての機関の権限を直ちに権利化するため、組織構成によって区別を図る必要がないことによる。

- (59) *Bleuge, a. a. O.*(Anm. 53), S. 103-105.
- (60) *Bleuge, a. a. O.*(Anm. 53), S. 105-107.
- (61) *Bleuge, a. a. O.*(Anm. 53), S. 107.
- (62) *Buchwald, a. a. O.*(Anm. 6), S. 59 f.
- (63) その理由は、キスカールのハビリタツイヨンの上梓が、プロイトゲの論文執筆後であったため、プロイトゲの著書にキスカールの説が十分に反映されていないことによる (*Bleuge, a. a. O.*(Anm. 53), S. 7(Vorwort))。
- (64) 逆に言えば、プロイトゲは、キスカールの対照機関概念のうちの利益代表型対照機関は想定していない。その意味で、ホッペがプロイトゲに向ける批判 (*Hoppe, a. a. O.*(Anm. 53), S. 434) は、利益代表型対照機関に対する批判としては正当だとしても (前註 26、30、48 および 51 参照)、プロイトゲの権力分立型対照機関に対する批判としては適切ではない。
- (65) 実際、*Bleuge, a. a. O.*(Anm. 53), S. 101 Anm. 1 においてキスカールへの好意的な言及がなされ、さらに a. a. O., S. 105 Fn. 21 においてはキスカールの対照機関概念が参照されている。
- (66) *Behge, Herbert: Probleme verwaltungsrechtlicher Organstreitigkeiten, Die Verwaltung* 8(1975), S. 459-483.
- (67) *Behge, Herbert: Grundfragen innerorganisationsrechtlichen Rechtsschutzes, DVBl* 1980, S. 309-315.
- (68) *Behge, a. a. O.*(Anm. 66), S. 463 u. S. 465.
- (69) この点についてプッフヴァルトは「プロイトゲに対する批判 (前註 58 参照) と同様の批判をベートゲに対しても向ける (*Buchwald, a. a. O.*(Anm. 6), S. 135 f.)」。
- (70) *Behge, a. a. O.*(Anm. 67), S. 313.
- (71) *Behge, Herbert: Der Kommunalverfassungsstreit, in: Mann, Thomas/Pitner, Günter(Hrsg.): Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3 Aufl., 2007, S. 824 f.*(Rn. 18 f.)」の有名な論調は、同書の第二版 (一九八二年) 所収の論文においてすでに同様である。この点についてはさらに参照、*Diemer, a. a. O.*(Anm. 20), S. 293.
- (72) *Behge, a. a. O.*(Anm. 66), S. 465 において「わずかに「機関の特殊利益」という表現が見られるが、その内実についての説明はなす。」。
- (73) *Behge, a. a. O.*(Anm. 66), S. 465; *ders., a. a. O.*(Anm. 67), S. 313; *ders., a. a. O.*(Anm. 71), S. 825.
- (74) ベートゲは、外部法における権利の根拠となる「個人的利益」が、内部法では妥当しない点は認めているようにも思われ



(Beilge, Herbert: Zwischenbilanz zum verwaltungsrechtlichen Organstreit, DVBl 1980, S. 825) 外部法における権利と内部法における権利との違いが強調されている点 (ders.: Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 114 f.; ders., a. O. (Anm. 67), S. 314) は、第四節第四款で検討したエリヒゼンやクレプスに近づく。

- (75) ロレンツの見解については、雄川一郎「機関訴訟の法理」(一九七四) 同『行政争訟の法理』(一九八六・有斐閣) 四四四—四四八頁も参照。

- (76) Lorenz, Dieter: Zur Problematik des verwaltungsgerichtlichen Insichprozess, AoR 93(1968), S. 313.

- (77) Lorenz, Dieter: Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 53-81 u. S. 127-133. なかでも a. O., S. 54 では、利益説が支配的な見解であるとしているが、彼自身が利益説に立つかどうかについては触れていない。それはおそらくそこで論じられている権利が主として基本権を念頭に置いているため、客観法から権利を導出するためのそれ以上の根拠づけが不要だからであると推測される。この点、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣・二〇〇〇) 二四〇頁は、ロレンツが客観法と主観法との関係を明確にできていないと指摘する。

- (78) Lorenz, Dieter: Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Christian (Hrsg.): Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 235-239. やさげさ a. O., S. 238 において「意思領域や利益領域の画定」に言及がある程度である。

- (79) Buchwald, a. a. O. (Anm. 6), S. 72; Schröder, a. O. (Anm. 20), S. 254 Fn. 99. また Diemer, a. a. O. (Anm. 20), S. 295 f. も六八年論文から七六年論文にかけてロレンツの立場が脱利益的なものへと変化したと整理する。

- (80) Lorenz, Dieter: Verwaltungsprozessrecht, 2000, S. 301 (Rn. 17) u. S. 411 (Rn. 5).

- (81) 同じくロレンツを利益説の論者とするのは Roh, a. a. O. (Anm. 11), S. 617.

- (82) Lorenz, a. a. O. (Anm. 76), S. 319 f. のように、公益を機関の利益と同視する見解に対しては、機関の利益をそもそも認めないホッペからは批判される (Hoppe, a. a. O. (Anm. 20), S. 175 Fn. 24)。ただしホッペも、機関の権利ではなく、団体の権利を基礎づけるために公益を用いることは肯定するため (第一款 (前号一九二頁))、その限りではロレンツと親和的である (a. O., S. 185 Fn. 25)。

- (83) もていも 権限付与の目的をこのように明確に区別することはできないという批判がある (Bleuige, a. a. O. (Anm. 53), S. 91 Fn. 20; Roh, a. a. O. (Anm. 11), S. 619 f.)。また、ロートは、行政機関における権限配分のうちの一定のものだけを取出して権利の根拠とするのは一貫性を欠くと批判する (a. O., S. 618 f.)。

- (84) Lorenz, a. a. O. (Anm. 76), S. 318 u. S. 320 f. のようにロレンツを用いている „Sachvalter“ という表現は、この Menger, Christian-Friedrich/Erichsen, Hans-Lwe: Hochstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 57(1966), S. 77 にみえ



て用いられていた。以上のようなロレンツの見解を支持するものとして、*Scholz, Rupert: Status-, Organ- und Verfahrensprobleme um den Sachverständigenrat*, DöV 1973, S. 846. ただし、シヨルツが検討する事案はいわゆる機関内訴訟の例であり、ロレンツが六八年論文で扱う状況とは異なる。

- (85) *Lorenz, a. a. O.*(Anm. 76), S. 321 f. のように、ロレンツがもつぱら行政官庁(Behörde)のみを例示するのは、六九年論文がその標題のとおり、自己訴訟(Insidprozess)を扱っているからであり、本章で検討の対象としている機関訴訟はそこでは直接には扱われていない。しかし、結論としてはこの六八年論文での主張は機関訴訟にも妥当すると考えられる(Vgl., *dens, a. a. O.*(Anm. 80), S. 419(Rn. 32))。

- (86) *Lorenz, a. a. O.*(Anm. 76), S. 324.

- (87) 例へば、*Lorenz, a. a. O.*(Anm. 78), S. 237 Fn. 68 u. Fn. 73.

- (88) *Lorenz, a. a. O.*(Anm. 78), S. 237 f. など、憲法訴訟に関するロレンツの説明は機関訴訟一般に妥当すると解られる(*Buchwald, a. a. O.*(Anm. 6), S. 73)。

- (89) *Lorenz, a. a. O.*(Anm. 80), S. 411(Rn. 5).

- (90) *Lorenz, a. a. O.*(Anm. 78), S. 238.

- (91) *Lorenz, a. a. O.*(Anm. 77), S. 76 Fn. 11.

- (92) 第四節第四款(前号一九〇—一九一頁)参照。実際ロレンツも「エリヒゼンの提唱する「防衛可能な地位」という表現を用いている(*Lorenz, a. a. O.*(Anm. 80), S. 411)。

- (93) *Siem, Klaus/Behlge, Herbert: Die Rechtsstellung des Intendanten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, 1972, S. 93-98.

*Mutius, Albert von: Grundfälle zum Kommunalrecht*, Jus 1979, S. 473; *Schoch, Friedrich: Der Kommunalverfassungsstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Jus 1987, S. 786; *ders.: Der Verwaltungsgerichtliche Organstreit*, Jura 2008, S. 828.

*Herbert, Alexander: Die Klagebefugnis von Gremien*, DöV 1994, S. 111; *Kingreen, Thorsten: Die Bedeutung der gemeinderechtlichen Beanspruchung für die Zulässigkeit des Kommunalverfassungsstreitverfahrens*, DVBl 1995, S. 1338 f.; *Martensen, Konstan: Grundfälle zum Kommunalverfassungsstreit*, Jus 1995, S. 990; *Erichsen, Hans-Uwe/Biermann, Christian: Der Kommunalverfassungsstreit*, Jura 1997, S. 159; *Hufen, Friedrich: Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., 2013, S. 373. 他方、利益代表型対照機関と権力分立型対照機関との差異を意識しつつも、この二つの説を叙述するべく、*Schnapp, Friedrich E.: Der Streit um die Sitzungsöffentlichkeit im Kommunalrecht*, Verw Arch 78(1987), S. 419; *Wahl, Rainer/Schütz, Kommentierung von § 42 Abs. 2, in: Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung*, Loseblatt, Stand: September 2011, S. 47(Rn. 96).

- (94) Buchwald, a. a. O. (Ann. 6), S. 55 Fn. 98.
- (95) そのような傾向のうちのもっともナイーヴなものがハインリッヒの見解である(第五節第二款)。
- (96) その例として、エヴァルトが挙げられよう(第四節第二款)。
- (97) やや細部は異なるが、利益概念の相対化から法力的の重視に至る学説の流れを指摘するものとして、Schöder, a. a. O. (Ann. 20), S. 253-256.
- (98) キスカー、ツァツォス、プロイトゲがこれに当たる(第五節第三—五款)。
- (99) ベートゲがこれに当たる。(第五節第六款)
- (100) エリヒゼンとクレプス(第四節第四款)、さらにはロレンツ(第五節第七款)がこれに当たる。
- (101) ケルゼン(第三節)の流れをくむブッフヴァルト、ロート、デーメルトがこれに当たる(第四節第一款および第三款)。
- (102) 権利と権限とが法力的ないしは意思力(Willensmacht)の点で共通していることはつとに指摘されていた(Rasch, E.: Die Behörde, VerwArch 50(1959), S. 5; Ringe, Karl: Über die Rechtsstellung der Niedersächsischen Ratsausschüsse, DVBl 1966, S. 815; Bleutge, a. a. O. (Ann. 53), S. 95. また、ビュラーは、その共通性を表現するために、Machbefugnis とする表現を用いる(Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 145 Fn. 239))。なお、法力的と意思力とが互換的に使用されることは、Scherzberg, Arno: Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl 1988, S. 131.
- (103) ホッペによる利益説批判(第五節第一款)を参照。
- (104) Diemer, a. a. O. (Ann. 20), S. 362 f.
- (105) Schnapp, Friedrich E.: Amtsrecht und Beamtenrecht, 1977, S. 217; ders., a. a. O. (Ann. 93), S. 424
- (106) 前註101に掲げたシュナップの見解を、それに依拠するEilers, Dirk: Die Klagearten und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen im Kommunalverfassungsstreitverfahren, NVwZ 1990, S. 111; Diemer, a. a. O. (Ann. 20), S. 294 f. を参照。
- (107) Jhering, Rudolph von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 1. Abteilung, 7. Aufl., 1924, S. 328-340. レーゲルスベルガーは「権利を、意欲(モウ)と(Wollensdürfen)とによる空虚な領域から、現実的な基盤へと移し替えたことがイェーリングの功績である」と指摘する(Regelsberger, Ferdinand: Pandekten, Bd. 1, 1893, S. 75)。
- (108) 機関訴訟の文脈では、しばしば権利の道徳的性格について言及される。Scholz, a. a. O. (Ann. 84), S. 846; Bleutge, a. a. O. (Ann. 66), S. 465; Diemer, a. a. O. (Ann. 20), S. 294; Schröder, a. a. O. (Ann. 20), S. 255.
- (109) Bachof, Otto: Reflexwirkung und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: ders./Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Waltz, Ernst

(Hrsg.): *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht* (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek), 1955, S. 292.

(110) Vgl. *Jhering*, a. a. O. (Anm. 107), S. 331.

(111) 例えばベッケンフェルデは、私法を出自とする法人概念では国家内部の多元的構造を捉えきれないことを指摘した上で、同様に権利概念もまた公法の問題を解決せざるならいふ述べる (*Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: *Organ, Organisation, Juristische Person*, in: *Menger*, Christian-Friedrich (Hrsg.): *Fortschritte des Verwaltungsrechts* (Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag), 1973, S. 274 f., S. 281, S. 288 f., S. 292 u. S. 300 f.)<sup>9</sup>

(112) *Bleutge*, a. a. O. (Anm. 53), S. 81.

(未完)